



**REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA**

Duitama, catorce (14) de diciembre de dos mil quince (2015)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (Laboral)

Radicación número: 15238-33-33-001-2013-00284-00

Demandante: Ana Rosa Gómez Manrique

Demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Seguridad Social – UGPP

Llamada en garantía: E.S.E. Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del sub lite.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Fue presentada el día 09 de septiembre de 2013, por la señora Ana Rosa Gómez Manrique, a través de apoderado judicial contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Seguridad Social -UGPP-.

1.1. Pretensiones:

Se resumen así:

1) Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. RDP 031487 del 12 de julio de 2013, a través de la cual la UGPP le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Así mismo, que se declare la anulación de la Resolución RDP 036662 del 12 de agosto de 2013, con la cual la accionada resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la primera, confirmando la decisión referida.

2) Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio.

3) Que se ordene a la accionada liquidar y pagar debidamente indexadas las diferencias que resulten a favor de la accionante, entre lo que ha venido percibiendo y lo que se determine pagar en la sentencia.

1.2. Hechos

Se resumen en la siguiente forma:

1) La demandante Ana Rosa Gómez Manrique fue retirada del servicio el 30 de junio de 2008 y adquirió el status pensional el 20 de octubre de 2012.

2) El 16 de mayo de 2013, la accionante presentó solicitud de reconocimiento de su pensión de jubilación, la que fue reconocida por la accionada mediante Resolución No. RDP 031487 del 12 de julio de 2013, pero únicamente con el promedio de la asignación básica de los últimos diez años de servicio; decisión contra la cual, la accionante interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto por la accionada con la Resolución RDP 036662 del 12 de agosto de 2013, confirmando la decisión recurrida.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. Normas violadas

-Artículos 1, 2, 6, 25, 53 y 58 de la Carta Política.
-Artículo 27 Decreto 3135 de 1968; artículo 73 del Decreto 1848 de 1969; Ley 4 de 1966; decretos 1042 y 1045 de 1978; Ley 33 de 1985; Decreto 1933 de 1989; artículos 21, 36, 150 y 289 de la Ley 100 de 1993 y artículo 21 C.S.T.

1.3.2. Concepto de violación

La parte actora explica que la infracción de las normas invocadas se produce, toda vez que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo en el IBL, todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de la Ley 33 de 1985, por estar cobijada por el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2. LA DEFENSA

2.1. De la demandada

La UGPP contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, argumentando que que es cierto que el demandante se encuentra inmerso en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (artículo 36), lo que conlleva la aplicación de la norma anterior para acceder a la pensión, es decir, tiempo, monto y edad para pensionarse, pero los demás requisitos son los establecidos en el régimen vigente al momento de la adquisición del status pensional, que en el presente caso ocurrió el 8 de noviembre de 2002, es decir, debe aplicarse la Ley 100 de 1993, con los factores salariales señalados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Plantea igualmente, al sustentar el llamamiento en garantía, que la entidad empleadora ESE Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha no realizó los aportes sobre los factores salariales cuya inclusión se pide en la demanda.

2.2. De la llamada en garantía

La E.S.E. Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha, señala que realizó los aportes a pensión de la accionante en los términos del Decreto 1045 de 1978, motivo por el cual se encuentra liberada de toda responsabilidad respecto de la reliquidación pensional, obligación que recae en cabeza de la UGPP.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

3.1. La entidad demandada -UGPP-, además de reiterar los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, solicita con especial énfasis la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, pues aduce que teniendo en cuenta que la demandante adquirió el status jurídico de pensionada el 20 de octubre de 2012, es claro que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaba más de un año para adquirir el derecho, por lo que no era viable que el IBL se calculara con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años o del tiempo que le hiciere

falta y con el promedio de los factores sobre los cuales realizó aportes, en aplicación de la sentencia referida.

3.3. La entidad llamada en garantía, reiteró los argumentos expuestos en la contestación del llamamiento, en el sentido de que lo pretendido en la demanda nada tiene que ver con la ESE llamada en garantía, ya que el pago de cotizaciones era de competencia del Instituto de Seguro Social y la reliquidación de la pensión compete actualmente a la UGPP, entidad que lo que pretende es revivir términos relacionados con las acciones pertinentes para el cobro de cotizaciones que supuestamente no realizó la entidad empleadora. Argumentos con los que pide absolver a la entidad llamada en garantía.

3.4. El Ministerio Público guardó silencio.

4. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 19 de septiembre de 2013 fue admitida la demanda. A través de providencia del 19 de septiembre de 2014 se fijó fecha para la audiencia inicial, la que se llevó a cabo el 04 de febrero de 2015. La audiencia de pruebas tuvo lugar el día 20 de marzo de 2015, en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se les corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito. El proceso entró al Despacho para fallo el día 22 de abril de 2015.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde al Despacho, determinar si procede reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la accionante, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio. Así mismo, establecer si procede condenar a la entidad llamada en garantía dentro del sub examine.

2. Tesis

El Juzgado sostendrá la tesis que la demandante tiene derecho al reajuste de la pensión de jubilación, equivalente al 75% del promedio del IBL, integrado por todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, en los términos de las leyes 33 y 62 de 1985, por estar cobijado por el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De igual manera, el Despacho sostendrá que entidad llamada en garantía deberá ser absuelta dentro del sub examine.

3. Premisas jurídicas

De acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹ se encuentran cobijados por el régimen de transición, los trabajadores que a la entrada en vigencia de la mencionada Ley (1° de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio 1995 para empleados territoriales²)

¹ "ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).

² Artículo 151 *ibidem*.

contaban con 35 años de edad o más si eran mujeres o con 40 años de edad o más si eran hombres, o con 15 o más años de servicios cotizados en el caso de ambos sexos. Para los cobijados por dicho régimen, las condiciones de acceso al derecho pensional en lo atinente a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, se regirían por la normatividad establecida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados. Concretamente, en lo referido al monto pensional, se debe destacar que dentro de dicho concepto se entienden incluidos los factores salariales a tener en cuenta, pues los mismos constituyen la base para determinar el IBL.

Para los servidores públicos, el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 está constituido fundamentalmente por las leyes 33 y 62 de 1985, siempre y cuando la persona beneficiaria no estuviera sometida a un régimen especial de pensiones conforme señala el artículo 1° inciso segundo³ de la primera ley citada.

Ahora bien, acerca de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispone lo siguiente:

"Artículo 1° de la Ley 33 de 1985. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)"

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, el artículo 3° de la ley citada dispuso que estarían constituidos por la: "asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio". El artículo 1° de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

Las anteriores disposiciones normativas, aparentemente taxativas, fueron interpretadas por el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-2009, explicando dicha Corporación que los factores salariales señalados por la Ley 33 de 1985 son enunciativos y no taxativos, de manera que debe incluirse en la base de liquidación pensional todo lo que constituya factor salarial, es decir, aquello que reciba el empleado de manera habitual como retribución directa del servicio.

El anterior criterio lo ha venido acogiendo el Despacho de manera uniforme y reiterada para resolver los procesos de reliquidación pensional, toda vez que está inspirado en principios como el de favorabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formas, entre otros, los cuales son de raigambre constitucional (Artículo 53 C.N.).

Ahora bien, la entidad demandada solicita la aplicación del precedente fijado por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, el cual no es aplicable al sub examine, dado que ese fallo está referido al régimen pensional de otra clase de servidores públicos, como es el caso de congresistas y magistrados de altas cortes, quienes eran los destinatarios del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, declarado parcialmente exequible. De la misma forma merece destacarse que el criterio expuesto por la Corte en la sentencia señalada fue retomado en la Sentencia SU-230 de 2015, pronunciamiento en el cual dicha corporación dio a entender que los razonamientos expuestos en la sentencia C-258 de 2013 presuntamente eran aplicables a todos los beneficiarios del régimen de transición.

El Despacho, sin embargo, para resolver el sub examine, no puede aplicar la sentencia de unificación citada, toda vez que la demanda en estudio fue presentada en el año 2013, es decir, mucho antes de la ejecutoria de la sentencia SU-230 de 2015. Considera este juzgado

³ Ley 33 de 1985. "Artículo 1° (...). No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones".

que por razones de buena fe y seguridad jurídica, no puede darse aplicación a tal precedente, salvo que la demanda se hubiese instaurado con posterioridad a la firmeza de la providencia mencionada, situación que no ha ocurrido en el sub lite.

4. Solución del presente caso

En el *sub examine* está demostrado que mediante Resolución No. RDP 031487 del 12 de julio de 2013, confirmada en su integridad⁴ por la Resolución RDP 036662 del 12 de agosto de 2013 (fls.28 a 339), la UGPP le reconoció la pensión de jubilación a la demandante (fls. 22-23), teniendo en cuenta los requisitos de edad y tiempo de cotización establecidos en el régimen de transición pensional. Se advierte en dicho acto administrativo que, para efectos de liquidar la pensión se tomó el promedio de los últimos diez años de servicio, en los términos del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Con el mismo propósito, la entidad en mención tuvo en cuenta como factor salarial únicamente la asignación básica devengada por la actora en el período aludido.

Encuentra el Despacho que, contrario a la decisión adoptada por la UGPP, a la accionante debió aplicarse integralmente el régimen de transición pensional en los términos del inciso 2° de la Ley 100 de 1993, esto es, era menester observar todos los elementos previstos en el régimen al cual se encontraba afiliada al momento de empezar la vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Para el caso de la actora el régimen anterior no era otro que el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, normas que deben interpretarse de conformidad con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada, por lo que el monto de la pensión es el equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, por resultarle más favorable.

Por otra parte, está probado que durante el último año de servicio (01 de julio de 2007 al 30 de junio de 2008), de acuerdo a la certificación laboral expedida por la empleadora (fls. 20-21), la accionante devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de servicios, bonificación por servicios, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, prima de navidad y prima de vacaciones**; sin embargo la accionada, se reitera, solo tuvo en cuenta la asignación básica, excluyendo los demás factores señalados, los cuales debían ser incluidos en el IBL para el cálculo de la pensión, por haber sido devengados de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Los actos acusados, siendo así, quedaron incurso en causal de nulidad, toda vez que violaron las normas en que debían fundarse, razón por la cual procede su anulación y, como consecuencia de ello, se dispondrá el restablecimiento del derecho respectivo. Para este fin, se ordenará a la entidad demandada que reliquide la pensión de la demandante incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; así como el pago de las sumas resultantes de la diferencia en el valor de las mesadas.

Las diferencias resultantes no pagadas, en cumplimiento del artículo 187 inciso final CPACA, serán indexadas aplicando la siguiente fórmula: $R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

En caso de no haberse efectuado los aportes sobre todos los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación del Ingreso Base de Liquidación, la entidad ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal.

⁴ La parte actora en sede administrativa recurrió, vía apelación, la Resolución RDP 031487 del 12 de julio de 2013.

5. Prescripción

La parte demandada propuso como excepción la prescripción de mesadas, pero observa el Despacho que a la señora Ana Rosa Gómez Manrique le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución No. RDP 031487 del 12 de julio de 2013, confirmada a través de la Resolución RDP 036662 del 12 de agosto de 2013, notificada personalmente el 20 de agosto de 2013 (fl. 33), por lo que el acto definitivo quedó en firme el 21 de agosto de 2013 en los términos del artículo 87 numeral 2ª CPACA. Finalmente, la demanda fue radicada el día 9 de septiembre de 2013, razón por la cual no hay prescripción en el presente caso, toda vez que no transcurrió un término superior a los 3 años previstos en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, contado a partir de la fecha en que ocurrió la firmeza señalada. La excepción, en consecuencia, no prospera.

6. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la entidad demandada. Atendiendo el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones reconocidas.

7. Del llamamiento en garantía

En el *sub examine* se accedió a la solicitud de llamamiento en garantía efectuada por la UGPP a la E.S.E. Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha, para que esta última sea condenada a pagar los aportes que, según la accionada, no efectuó como empleadora de la demandante sobre los factores salariales cuya inclusión se solicita en la reliquidación pensional. Sin embargo, luego de una revisión del llamamiento en garantía, concluye el Despacho que, en casos como el que nos ocupa, no procede dicha figura procesal, conclusión que se edifica en las siguientes razones:

1) Entre la entidad llamante y la llamada en garantía no existe una relación jurídica sustancial en la que la primera pueda exigir por ley o por contrato, la indemnización o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. Esto es así, por cuanto la condena a la entidad accionada está orientada a reliquidar la pensión de la actora con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio, obligación que se deriva de la calidad de entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión. Al tiempo que a la entidad llamada en garantía no le asiste ningún deber legal en el tema pensional, puesto que como empleadora su función se limitaba a efectuar las cotizaciones a seguridad social conforme a la ley. En otras palabras, la E.S.E. Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha no tiene la posición de garante en el presente proceso, en consideración al contenido de las pretensiones de la demanda, caso que si ocurriría si se estuviera debatiendo, por ejemplo, la responsabilidad de cuotas partes pensionales.

2) En armonía con lo anterior, al no configurarse la relación jurídica sustancial entre llamante y llamada, en caso de que la UGPP encuentre que la E.S.E. Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha no realizó en legal forma las cotizaciones a pensiones, correspondientes al factor salarial cuya inclusión se ordena, debe adelantar las acciones de cobro en los términos del artículo 24⁵ de la Ley 100 de 1993, para el recaudo del porcentaje de las cotizaciones a cargo del empleador, puesto que, respecto a la parte correspondiente al trabajador, se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia que la entidad demandada puede efectuar la deducción legal. Siendo así se absolverá a la entidad llamada en garantía.

⁵ "ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo".

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. RDP 031487 del 12 de julio de 2013, a través de la cual la UGPP le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Así mismo, **DECLARAR** la nulidad de la Resolución RDP 036662 del 12 de agosto de 2013, que vía recurso de apelación confirmó la anterior decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de las declaraciones de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la UGPP a:

A) RELIQUIDAR la pensión de vejez de la señora Ana Rosa Gómez Manrique, con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio, es decir, incluyendo además de la asignación básica ya reconocida, los siguientes factores: **prima de servicios (1/12), bonificación por servicios prestados (1/12), prima de servicios (1/12), subsidio de alimentación, bonificación por recreación (1/12), prima de navidad (1/12) y prima de vacaciones (1/12).**

B) PAGAR a la señora Ana Rosa Gómez Manrique la diferencia entre las sumas que percibió como mesada pensional y las que legalmente le correspondían, desde el **20 de octubre de 2012**, fecha en que adquirió el status pensional. Las sumas resultantes deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

La entidad demandada, al momento de proceder al pago, podrá efectuar los descuentos por aportes a pensión, correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en este fallo y respecto de los cuales no se haya realizado la deducción legal.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la UGPP.

CUARTO: Este fallo será cumplido de acuerdo con los artículos 192, 194 y 195 CPACA.

QUINTO: CONDENAR en costas a la entidad demandada. Se fija como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones reconocidas en este fallo. Por Secretaría realícese la liquidación de las costas.

SEXTO: ABSOLVER a la entidad llamada en garantía E.S.E. Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha.

SÉPTIMO: En firme esta providencia, EXPÍDASE a la parte actora copia que preste mérito ejecutivo. ARCHÍVESE el expediente, previa liquidación de los gastos ordinarios del proceso si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RONALD CASTELLAR ARRIETA
Juez